

Sygn. akt: KIO 1374/18

WYROK

z dnia 26 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2018 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „PZP”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku od km 1,675 do km 31,046 w ramach projektu „rewitalizacja linii kolejowej nr 117 odc. Kalwaria Zebrzydowska Lanckorona - Wadowice – granica województwa” (etap I), nr referencyjny: IREZA3f-216-08/18. Zamówienie zostało podzielone na trzy zadania. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2018 r. nr 2018/S 125 – 286393. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 3 lipca 2018 r.

W dniu 11 lipca 2018 r. wykonawca BUDIMEX S.A. (dalej: Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na ukształtowaniu warunków SIWZ Tom I Instrukcja dla wykonawców (dalej: „IDW”) pkt 27.2 oraz 27.3 i § 9 ust. 2-4 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ. W ocenie Odwołującego zakwestionowane postanowienia SIWZ są nieproporcjonalne do celu zamówienia czy wręcz sprzeczne z jego celem, powodują przerzucenie na Wykonawcę obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (dalej: „RODO”) w zakresie, jakim dotyczy danych osobowych osób fizycznych, kierowanych do realizacji zamówienia oraz osób fizycznych, prowadzących działalność gospodarczą, które zostaną wskazane jako podwykonawcy. Obowiązek ten wykonawca ma realizować w imieniu Zamawiającego, co zdaniem Odwołującego, narusza wprost art. 7 ust 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP, art. 139 ust. 1 PZP w związku z art. 58 § 1 w związku z art. 58 § 3 KC, a także art. 14 RODO.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez wykreślenie ww. zapisów

i postanowień oraz o orzeczenie zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych.

Odwołujący podał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, jest bowiem jednym z Wykonawców, którzy otrzymali zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym oferty ma realną możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Na poparcie stanowiska w zakresie wykazania posiadania interesu w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w analizowanym postępowaniu, Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 4 października 2010 r., sygn. KIO 2036/10, w którym zostało stwierdzone: *„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz”.*

Odwołujący podniósł, że postanowienia SIWZ, w tym zapisy umowy, zostały sformułowane w sposób sprzeczny z prawem, tj. przepisami PZP, KC oraz RODO, w tym także zasadą uczciwej konkurencji i proporcjonalności, obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudnia Wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty z uwagi na brak możliwości prawidłowego oszacowania ryzyk oraz ustalenia zakresu i kosztów zobowiązania objętych zamówieniem. Prowadzi to do możliwości wystąpienia

nieporównywalności ofert oraz stwarza realne zagrożenie, zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia w przypadku wygrania przez Odwołującego postępowania.

Na wstępie uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, iż zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak SIWZ, stanowią dokumenty o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumenty te wyznaczają bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć, określają również zasady realizacji zamówienia po jego uzyskaniu. Z tego względu tak ogłoszenie o zamówieniu jak i SIWZ winny być precyzyjne i jasne w swej treści, zaś ich zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę powyższe, a także konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ.

W ocenie Odwołującego poprzez dokonanie wskazanych w odwołaniu naruszeń, tj. w szczególności art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 PZP; art. 139 ust. 1 PZP w związku z art. 58 § 1 w związku z art. 58 § 3 KC w związku z art. 14 RODO, Zamawiający doprowadził do stanu w którym Wykonawcy nie są w stanie jednoznacznie określić zakresu kosztów oraz ich wysokości na potrzeby kalkulacji ceny. Przekłada się to bezpośrednio na wysokie prawdopodobieństwo zgłoszenia ofert nieporównywalnych. Przyjęte przez Zamawiającego zapisy kształtują, w określonych aspektach, w sposób rażąco nierówny pozycje stron przyszłej Umowy i stanowią w opinii Odwołującego nadużycie pozycji przez Zamawiającego w sposób całkowicie nieadekwatny i nieproporcjonalny do celu zamówienia. Niezależnie od powyższego, postanowienia IDW oraz Umowy we wskazanym zakresie są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami RODO to jest art. 14 w związku z tezami nr 60-61 i 74 preambuły. Zakwestionowane postanowienia SIWZ tj. pkt 27.2 oraz 27.3 IDW i § 9 ust. 2-4 Wzoru Umowy przewidują bowiem nałożenie na Wykonawcę obowiązku Zamawiającego jako administratora danych osobowych, o którym mowa w art. 14 RODO. Wykonawca w świetle tych przepisów ma w imieniu Zamawiającego poinformować wszystkie osoby fizyczne kierowane do realizacji Umowy oraz osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, które zostaną wskazane jako podwykonawca, a których dane osobowe będą przekazywane podczas podpisania Umowy oraz na etapie realizacji Umowy, o fakcie przekazania danych osobowych Zamawiającemu oraz przetwarzaniu danych osobowych

przez Zamawiającego. Wykonawca zostaje przez Zamawiającego zobowiązany, by zamiast Zamawiającego wykonał obowiązek informacyjny wobec osób, o których mowa powyżej i przekazał im treść klauzuli informacyjnej, o której mowa w punkcie lub ustępie 1 odpowiednio punktu 27 IDW i § 9 Umowy. Zapisy te są nie tylko sprzeczne z wskazanymi przepisami RODO, są też sprzeczne z przepisami PZP. Przedmiotem postępowania jest bowiem wybór wykonawcy, który zaprojektuje, uzyska niezbędne decyzje administracyjne i na podstawie tejże dokumentacji wykona roboty budowlane (pkt 2.1 i 2.4 IDW oraz §1 ust. 1 Umowy), czyli celem zamówienia, jaki chce uzyskać Zamawiający, jest powstanie wskazanego w SIWZ fragmentu linii kolejowej. W żadnym miejscu przedmiotem niniejszego postępowania, ani w konsekwencji jego celem, nie jest wybór podmiotu, który ma świadczyć dla Zamawiającego usługi przetwarzania danych w rozumieniu art. 28 RODO. Wynika z tego wprost naruszenie zasady proporcjonalności wskazanej w art. 7 ust. 1 PZP. Jak wielokrotnie za Trybunałem Sprawiedliwości UE wskazywała KIO, zasada proporcjonalności zamyka się w zaleceniu aby stawiane przez zamawiającego wymagania były adekwatne do uzyskania zamierzonego w postępowaniu celu. Celem tym bez wątplenia jest udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta jest nie tylko korzystna ekonomicznie i jakościowo, ale również wykonawca taki zagwarantuje należyłą realizację przedmiotu umowy. W żadnej mierze, zdaniem Odwołującego, narzucenie wykonawcy i próba pozbycia się przez Zamawiającego ustawowego obowiązku informacyjnego, nie mieści się w przedmiocie postępowania i w celu zamówienia tj. projektowania, uzyskania pozwolenia na budowę oraz wykonanie robót budowlanych. Ponadto Odwołujący wskazał, że jeżeli celem Zamawiającego jest usprawnienie procesu informacyjnego powiadamiania konkretnych osób, to winien przeprowadzić postępowanie mające na celu wybór usługodawcy świadczącego usługi wysyłkowe (pocztowe tradycyjne czy elektroniczne), który za niego technicznie przeprowadzi proces wysyłki wymaganych przez prawo informacji. To też nie mieści się w przedmiocie i celu niniejszego postępowania.

Odwołujący zauważył, że nałożenie takiego obowiązku na Wykonawcę będzie wiązało się z powstaniem kosztów operacyjnych, zawierających się chociażby w konieczności kolportowania treści informacyjnych w imieniu innych podmiotów, co nie jest standardowym procesem u Odwołującego. Jest to zapis powodujący trudne do przewidzenia koszty, jakie Wykonawca we własnym interesie powinien uwzględnić w cenie ofertowej, lecz przez wzgląd na niedoprecyzowanie, jest to niemożliwe. Tym samym przekłada się to na ryzyko złożenia przez Wykonawców ofert nieporównywalnych. W chwili składania oferty żaden wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ile osób fizycznych skieruje do realizacji Umowy, ilu z nich będzie pracownikami własnymi podwykonawcy oraz z jakiej ilości podwykonawców i jakiej ilości ich pracowników skorzysta, biorąc pod uwagę między innymi

fluktuację kadr oraz dynamikę procesu budowlanego. Informacyjnie Odwołujący wskazał, że konsorcjum spółek wchodzących w skład jego grupy, wykonuje obecnie dla Zamawiającego PKP PLK S.A. modernizację linii kolejowej nr 7 na odcinku Pilawa-Otwock. Na budowie tej na bieżąco pracuje około 500 osób (własnych i podwykonawców), ale do tej pory przewinęło się tam ok. 2.500 osób (liczba ta stale rośnie), których dane osobowe zostały przez Wykonawcę zaewidencjonowane na potrzeby BHP, bo tylko osoba z ważnym stanowiskowym przeszkoleniem może być przez Wykonawcę dopuszczona do wykonywania pracy. Tymczasem w orzecznictwie KIO dopuszczenie do sytuacji, w której składane oferty będą nieporównywalne, wiąże się z naruszeniem uczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, iż żądania odwołania znajdują szczególne uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 2 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 184/10, gdzie stwierdza się m.in.: Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r.: "...obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty (wyrok KIO z 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09). (...) Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp."

Odwołujący wskazał jednocześnie, że przełożenie na Wykonawcę takich obowiązków, w przypadku nałożenia kary administracyjnej na Zamawiającego, jako administratora danych na podstawie art. 83 RODO i ewentualnego wystąpienia przez podmioty, których dane Zamawiający przetwarzał niezgodnie z przepisami z roszczeniami cywilnymi, spowoduje możliwość dochodzenia od Wykonawcy przez Zamawiającego szkody w tej samej wysokości, jako ewentualne nienależyte wykonanie obowiązków umownych. Zdaniem Odwołującego jest to sprzeczny z zasadami współżycia społecznego sposób Zamawiającego na uniknięcie kar za nienależyte wykonanie obowiązków administratora danych, przez ich zrekompensowanie kosztem wykonawców, które to kary zgodnie z RODO obciążają wyłącznie Zamawiającego, jako administratora danych. Ponadto nawet takie ryzyko Wykonawca powinien móc również uwzględnić w cenie. Ze względów oczywistych nie jest to na obecnym etapie możliwe, co również może skutkować nieporównywalnością ofert.

Kwestionowane w odwołaniu zapisy, w ocenie Odwołującego, są także sprzeczne z art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 5 w zw. z art. 353¹ w związku z art. 647 w związku z art. 473 § 1 KC w związku z art. 139 ust. 1 PZP. Odwołujący przywołał stanowisko KIO, która w swoim wyroku z 02.03.2010 r. sygn. UZP/KIO 184/10 wskazała: „Postanowienia § 1 ust 6 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust 1 i 2 art. 31 ust 1 oraz art. 140 ust 1 i 3 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wymagają od wykonawcy realizacji na jego koszt prac w wyniku zaleceń organów uprawnionych, a nie ujętych w dokumentacji ani nie podanych wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, iż zalecenia te zostały wydane wskutek stwierdzenia wadliwości prowadzenia robót, czy innych przyczyn leżących po stronie wykonawcy. (...) Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe; spoczywające na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność. Skrajnie prowadziłyby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 K.c. odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności strony umowy za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. Natomiast nie dotyczy to przejęcia odpowiedzialności za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentami (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy) i z wykonawcą robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o który wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu. Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż nie może on ponosić odpowiedzialności, nawet rozszerzonej, zwalniając zamawiającego od wypełnienia jego obowiązków wzajemnych i współdziałania przy realizacji umowy. Umowne rozszerzenie odpowiedzialności dopuszczalne jest w granicach zasady swobody umów, jednakże Izba uznaje, iż żądanie rozszerzenia umownej odpowiedzialności wykonawcy na przypadki nieujawnionych wad i luk projektów technicznych, w odniesieniu do których służą zamawiającemu roszczenia względem projektanta o ich naprawienie, narusza przepisy i stanowi nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy oraz stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa”.

Ustawowy obowiązek informacyjny wskazany w art. 13 i 14 RODO jest obowiązkiem osobistym administratora danych. Jedynym przypadkiem, w którym administrator może swoje obowiązki wskazane w RODO przekazać jest sytuacja przewidziana w art. 28 RODO - przekazanie do przetwarzania. Jednakże sytuacja opisana w art. 28 RODO nie ma i nie może mieć miejsca w sytuacji zaskarżonych postanowień SIWZ. Czynności/obowiązki informacyjne wskazane w zaskarżonych postanowieniach IDW i Umowy nie są „przetwarzaniem” w rozumieniu definicji wskazanej art. 4 pkt 2 RODO, czyli nie mogą być przekazane zgodnie z art. 28 RODO, co tym bardziej powoduje analogię do przywołanego

wyżej orzeczenia KIO (przerzucenia na stronę umowy ustawowych obowiązków Zamawiającego).

Nadto Odwołujący podniósł, że Zamawiającemu całkowicie umknął uwadze przepis art. 14 ust. 5 lit. c RODO, który zwalnia z obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 14 ust. 1-4 RODO w przypadku gdy pozyskiwanie lub ujawnianie jest wyraźnie uregulowane prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, któremu podlega administrator, co w całości ma miejsce w niniejszym przypadku. I tak przykładowo taką ustawową przesłanką przetwarzania danych objętych zaskarżonymi postanowieniami SIWZ są:

- 1) art. 8 PZP w zakresie danych osobowych podanych w ofercie,
- 2) art. 22b PZP - w odniesieniu do osób m.in. pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 PZP wz. z art. 25 PZP - w odniesieniu do danych zawartych w zaświadczeniach z KRK,
- 4) art. 29 ust. 3a, 4 PZP i art. 36 ust. 2 pkt 8a PZP - odnośnie danych osób zatrudnianych na umowę o pracę,
- 5) art. 36b PZP i art. 143b ust. 1, 5, 8 PZP oraz art. 6471 KC - w odniesieniu do danych podwykonawców.

Wszystkie te, przykładowo podane, przepisy wprost nakazują przekazanie danych osobowych. Wobec czego, nawet w wypadku pozostawienia zapisów IDW i Umowy wskazanych w petitum odwołania, obowiązek informacyjny podlega wyłączeniu z mocy prawa.

Odwołujący wskazał, iż w podobnym zakresie tj. ujawniania danych kontaktowych pomiędzy stronami umowy w kontekście przepisów o ochronie danych osobowych, wypowiedział się Sąd Najwyższy w swoim wyroku z 19.11.2003 r., sygn. I PK 590/02, gdzie wskazał, m.in. iż „Przekazanie danych kontaktowych pracownika drugiej stronie umowy nie będzie zatem stanowić powierzenia przetwarzania danych, a ich udostępnienie - nie ma zatem potrzeby zawierania umowy o powierzeniu, o której mowa w art. 28 UODO. Podstawą przekazania tych danych będzie najczęściej prawnie uzasadniony interes kontrahentów, tj. zapewnienie prawidłowej realizacji umowy zawartej między stronami, przez ich pracowników.” Odwołujący zaznaczył, że RODO nie zmienia w istotny sposób podstawowych założeń oceny stanu faktycznego oraz definicji administratora danych, przetwarzania czy powierzenia. W RODO znajduje się także odpowiednik uzasadnianego interesu administratora danych w art. 6 pkt 1 lit f. Na takich samych zasadach należy się oprzeć przy przetwarzaniu danych kontaktowych pracowników podwykonawców np. w

kontekście realizacji obowiązków umownych z Zamawiającym lub wynikających z przepisów prawa.

Odwołujący podniósł, iż mając na względzie przepisy art. 139 § 1 PZP w związku z art. 58 § 1 w związku z art. 58 § 3 KC w związku z art. 14 RODO, w zakresie w jakim kwestionowane w Odwołaniu postanowienia IDW i Umowy są sprzecznie z dyspozycją art. 14 ust. 5 lit. c RODO, mającym charakter imperatywny, pozostają one nieważne. Wobec czego, nawet w wypadku gdy Zamawiający ich nie usunie albo Izba nie orzeknie o obowiązku ich wykreślenia, w ocenie Odwołującego, nie będą one wywoływały skutków prawnych. I w powyższym zakresie są nieobowiązujące dla przyszłych wykonawców.

Na zakończenie uzasadnienia Odwołujący podał, iż poza treścią zarzutów, zakwestionowane postanowienia SIWZ wskazują na niezrozumienie przepisów RODO, bowiem przywołany w pkt 27.1 IDW i § 9 ust. 1 Umowy art. 13 RODO dotyczy sytuacji, gdy Zamawiający gromadzi dane bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą (odmiennie niż art. 14). Takimi osobami w odniesieniu do oferty i przyszłej umowy są osoby reprezentujące wykonawców, którzy złożyli ofertę i podpiszą umowę, są to przedsiębiorcy, członkowie zarządu lub przeze nich ustanowieni pełnomocnicy. Dane tych osób są jawne, znajdują się w CEIDG, KRS, z których informacja jest dostępna w Internecie. Przepisy kodeksu spółek handlowych (np. art. 201), Kodeksu cywilnego (np. art. 78), czy ustawa o centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (np. art. 5) z chwilą wejścia w życie przepisów RODO nie przestały obowiązywać. W tym znaczeniu i na mocy przywołanych przepisów pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że nie zamierza wywiązać się z obowiązku informacyjnego w odniesieniu do danych osobowych członków zarządu Zamawiającego, pozyskanych ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości RP, ponieważ żaden obowiązek informacyjny opisany w RODO nie powstał.

Dodatkowo Odwołujący w powyższym zakresie wskazał, że Zamawiający w ppkt 3 punktu 27 IDW i ust. 3 w § 9 Umowy myli obowiązki informacyjne, gdyż w odniesieniu do obowiązku wskazanego w art. 14 RODO nakazuje posługiwać się klauzulą informacyjną z obowiązku wskazanego w art. 13 RODO, a są to całkowicie odmiennie regulacje, odnoszące się do innego stanu faktycznego, co wprost wynika z ich treści.

Żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 25 lipca 2018 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż uzasadnienie odwołania sformułowane w pierwszej części (pkt 1 i 2) jest ogólnikowe i lakoniczne. Analiza

zaprezentowanych twierdzeń uniemożliwia zidentyfikowanie, które sformułowania lub zwroty zakwestionowanych regulacji są nieprecyzyjne lub niejasne oraz wymuszają na wykonawcach potrzebę wnioskowania, co należy uczynić, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, w ocenie Zamawiającego, argumenty przedstawione w tej części uzasadnienia odwołania stoją w rażącej sprzeczności z żądaniami. W uzasadnieniu postuluje się bowiem, że zapisy SIWZ są niejasne i niezrozumiałe, niemniej jednak żądanie odwołania sprowadza się nie do doprecyzowania użytych określeń lub ich zmianę na bardziej przejrzyste i bardziej szczegółowe, ale na całkowite usunięcie ich z SIWZ. Zamawiający wskazał, iż uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę SIWZ zgodnie z ww. żądaniem będzie powodować lukę w zapisach dokumentacji przetargowej dotyczących obowiązku informacyjnego wynikającego z RODO i de facto będzie pociągać za sobą naruszenie przepisów prawa przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż zaskarżone regulacje są zapisami standardowo stosowanymi przez Zamawiającego w ramach prowadzonych przez niego postępowań. Zapisy dotyczące obowiązku informacyjnego do tej pory nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę, biorącego udział w przetargach PKP PLK S.A. Regulacje przeszły pozytywny wynik kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Centrum Unijnych Projektów Transportowych na kanwie innych przeprowadzonych postępowań przetargowych o podobnym zakresie przedmiotu zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że zaskarżone zapisy SIWZ są zgodne z rekomendacjami Urzędu Zamówień Publicznych, dostępnymi na stronie internetowej Urzędu. W ocenie Zamawiającego zatem zupełnie niezrozumiałym jest czynienie zarzutu naruszenia przepisów prawa.

Następnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał, że ww. zapisy SIWZ uniemożliwiają mu złożenie skutecznej oferty. Z treści uzasadnienia odwołania wynika natomiast wniosek, że wymogi informacyjne mogą nastroczać pewnych (rzekomych) niedogodności z uwagi na ilość zatrudnianych osób do realizacji zamówień publicznych. W świetle powyższego istnieje możliwość sformułowania twierdzenia, że określone wymagania nie stanowią przeszkody w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego ogółu wykonawców funkcjonujących na rynku realizacji inwestycji z zakresu infrastruktury kolejowej, ale przeszkody tkwią w wewnętrznych zasadach funkcjonowania konkretnego wykonawcy tj. Odwołującego. Natomiast: „Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 p.z.p., a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty, spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji

przedmiotu zamówienia." (KIO 2124/17). Okoliczność, iż zasady funkcjonowania konkretnego wykonawcy uniemożliwiają mu skuteczny udział w postępowaniu przetargowym nie stanowi podstawy do uznania, iż Zamawiający naruszył przywołane powyżej przepisy Pzp. Zamawiający dodał, iż jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych jest zobowiązany do dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który najpełniej zabezpieczy jego interesy. Zamawiający nie jest zobowiązany do określania warunków realizacji inwestycji dogodnych dla wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym brzmienie zaskarżonych fragmentów SIWZ wynika z obiektywnej i uzasadnionej potrzeby Zamawiającego. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 roku (sygn. KIO 276/2018, Lex nr 2481056), wskazując, iż uprawnieniem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Nie jest przy tym tak, że postanowienia SIWZ muszą wprost wskazywać, czy i w jaki sposób tłumaczyć cel, który przyświecał Zamawiającemu w ich sformułowaniu. W kolejnym wyroku z dnia 30 stycznia 2018 roku (sygn. KIO 83/2018, Lex nr 2476154KIO) wskazała, że o ile opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a nie chęcią zawężenia kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie czy faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy kosztem innych, wykonawcy nie mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za Zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Zamawiający ma bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby, a dopiero naruszenie przez Zamawiającego wytycznych wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP daje możliwość skutecznego zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego przeniesienie na Wykonawcę obowiązku informacyjnego Zamawiającego jest prawnie uzasadnione. Po pierwsze potrzeba zawiadomienia wynika z art. 14 RODO, a zatem jest usprawiedliwiona przepisem rangi ustawowej. Po drugie przełożenie na Wykonawcę ww. obowiązków informacyjnych dotyczy zasady proporcjonalności, nie powinno stanowić nadmiernego obciążenia dla Wykonawcy, gdyż sam Wykonawca będzie musiał analogiczne obowiązki wykonać jako administrator danych uzyskanych bezpośrednio, co do analogicznego zakresu podmiotów danych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że obowiązek informacyjny administratora danych musi być wykonywany osobiście, stwierdzając, że żadna norma prawna nie nakłada takiego obowiązku, jako obowiązku, który musiałby zostać wykonywany osobiście/bezpośrednio przez administratora. Zgodnie z generalną zasadą prawa w odniesieniu do jednostek i odpowiednio innych podmiotów spoza systemu administracji publicznej, to co nie jest zabronione, jest dozwolone. Tym samym, skoro art. 14

RODO nie zabrania wprost wykonywania obowiązku informacyjnego administratora przez pośrednika (przedstawiciela) należy uznać, że taka forma realizacji obowiązku jest prawnie dopuszczalna. Biorąc pod uwagę ogólne dyrektywy kierunkowe wyrażone w RODO, nałożenie na Wykonawcę obowiązku poinformowania o przetwarzaniu danych osobowych w imieniu Zamawiającego, podmiotów, których dane osobowe są mu przekazywane, służy w istocie zabezpieczeniu prawidłowego wypełnienia celów RODO.

Zamawiający zauważył, iż jedną z zasad ogólnych przetwarzania danych osobowych jest „minimalizacja danych”, wskazana w art. 5 ust. 1 pkt c RODO, zgodnie z którą dane powinny być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne dla celów, w których są przetwarzane (por. także motyw 39 RODO). Zasada minimalizacji danych wprowadza wymóg ilościowego ograniczania zbierania danych osobowych i dokonania przez podmiot przetwarzający obiektywnej oceny w zakresie ustalenia, czy określone dane osobowe są niezbędne dla celów, w jakich zostały zebrane. Przetwarzanie danych w zakresie zbędnym dla osiągnięcia celu będzie oznaczało naruszenie przepisów rozporządzenia (por. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, WK 2018). Praktyczny wymiar zasady minimalizacji został uszczegółowiony w art. 11 RODO (a także w odpowiadającym ww. przepisowi motywie 57 RODO). Wskazane regulacje przewidują zwolnienie administratora danych osobowych z wykonywania obowiązków wynikających z RODO, jeżeli wykonanie obowiązków stałoby jednocześnie w sprzeczności z zasadą minimalizacji. Motyw 57 RODO stwierdza, że jeżeli dane osobowe przetwarzane przez administratora nie pozwalają mu zidentyfikować osoby fizycznej, nie powinien on mieć obowiązku uzyskania dodatkowych informacji w celu zidentyfikowania osoby, której dane dotyczą, wyłącznie po to, by zastosować się do przepisów rozporządzenia. Stosowanie się do przepisów RODO, o którym mowa w motywie 57 i art. 11 RODO oznacza m.in. realizację obowiązku informacyjnego. Zasada minimalizacji powinna być wdrażana poprzez zastosowanie odpowiednich rozwiązań organizacyjnych i technicznych (por. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, red. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz). Wydaje się, że formą wdrożenia zasady minimalizacji może być przekazanie innemu podmiotowi do wykonania w imieniu administratora obowiązku informacyjnego, by uniknąć konieczności pozyskiwania dodatkowych danych.

Zamawiający zauważył również, iż w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący ma stały i bezpośredni kontakt z osobami których dotyczą zaskarżone zapisy SIWZ i to on bezpośrednio uzyskuje dane od podwykonawców i w szczególnych, wymaganych prawem sytuacjach, przekazuje je następnie Zamawiającemu. Od niego także zależy, jak wiele osób zaangażuje przy realizacji inwestycji i jak wiele z nich objętych będzie obowiązkiem informacyjnym. Wykonawca bowiem organizuje w sposób samodzielny wykonywanie

kontraktu budowlanego, w szczególności (w zakresie dopuszczonym do powierzenia podwykonawcom oraz innym uczestnikom procesu budowlanego) ustala liczbę umów z podwykonawcami, ustanawia inspektorów i innych uczestników procesu budowlanego wykonujących jego obowiązki z kontraktu budowlanego. Z perspektywy realizacji zasady minimalizacji danych, zastosowanie przez Zamawiającego ww. zapisów SIWZ wydaje się być prawnie uzasadnione, jeśli bowiem obowiązek informacyjny wykonywany byłby przez Zamawiającego, Zamawiający musiałby gromadzić kolejne informacje, takie jak np. adresy służące do doręczeń dokumentów w związku z realizacją rzeczonoego obowiązku. Jednocześnie, co do zasady, Wykonawca już dysponuje tymi danymi.

Następnie Zamawiający zauważył, iż kolejną istotną dyrektywą kierunkową wyrażoną w RODO jest reguła dostosowywania przez administratora odpowiednich (skutecznych) środków technicznych i organizacyjnych w celu spełniania wymogów rozporządzenia. Koncepcja powyższa, znana pod pojęciem „podejścia opartego na ryzyku” przenika przez większość przepisów RODO, w szczególności przez przepisy dotyczące zapewnienia właściwej ochrony praw osób fizycznych. Zgodnie z motywem 74 RODO administrator powinien mieć obowiązek wdrożenia odpowiednich i skutecznych środków oraz powinien być w stanie wykazać, że czynności przetwarzania są zgodne z rozporządzeniem oraz, że są skuteczne. Środki te powinny uwzględniać charakter, zakres, kontekst i cele przetwarzania oraz ryzyko naruszenia praw i wolności osób fizycznych. Podobnie motyw 78 RODO stanowi, że ochrona praw i wolności osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych wymaga wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by zapewnić spełnienie wymogów rozporządzenia. Aby móc wykazać przestrzeganie rozporządzenia, administrator powinien przyjąć wewnętrzne polityki i wdrożyć środki, które są zgodne w szczególności z zasadą uwzględniania ochrony danych w fazie projektowania oraz z zasadą domyślnej ochrony danych. Takie środki mogą polegać m.in. na minimalizacji przetwarzania danych osobowych. Wyboru odpowiednich środków administrator powinien dokonać kierując się kryteriami stanu wiedzy technicznej, kosztów wdrażania oraz charakteru, zakresu, kontekstu i celów przetwarzania, a także ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych (art. 32 ust. 1 RODO). Podejście oparte na ryzyku, bazuje na konstrukcji kształtowania obowiązków podmiotów przetwarzających w zależności od zakresu przetwarzania danych i rodzaju przetwarzanych danych osobowych. W kontekście zarzutów stawianych przez Odwołującego szczególne znaczenie ma zasada, zgodnie z którą wdrożenie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych spoczywa na administratorze. Jeżeli jest to uzasadnione celami ochrony praw osób fizycznych nie ma przeszkód aby administrator wdrożył takie środki techniczne i organizacyjne, które polegać będą na posłużeniu się innym podmiotem w zakresie realizacji obowiązku informacyjnego.

W podsumowaniu tej części prezentacji swojego stanowiska, Zamawiający stwierdził, iż prawidłowa wykładnia art. 14 RODO nie może zostać dokonana w oderwaniu od ogólnych zasad ochrony danych osobowych. Wskazuje się, że zasady wyrażone w szczególności z art. 5 RODO (a także w motywach rozporządzenia) mają nadrzędną moc i wyznaczają kierunki interpretacji przepisów szczegółowych (por. Mariusz Krzysztofek, Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie. Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679, C.H. Beck 2016). W związku z powyższym, wydaje się uzasadniona taka interpretacja art. 14 RODO, która dopuszcza niebezpośrednie wykonywanie obowiązku informacyjnego przez administratora, jeżeli pozwala to zabezpieczyć realizację zasad naczelných ochrony danych osobowych.

Zamawiający dodał, iż na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie będzie powierzał żadnych danych osobowych wymagających zawarcia umowy powierzenia zgodnie z art. 28 RODO. To wykonawca ma się wyłącznie zobowiązać do wykonania względem swojego personelu obowiązku informacyjnego zgodnie z art. 14 RODO, a przyjmuje na siebie takie zobowiązanie dlatego, że dysponuje odpowiednimi danymi kontaktowymi, które są niezbędne do wykonania tego obowiązku. Zgodnie z zasadą minimalizmu, o której mowa powyżej, Zamawiający takimi danymi nie dysponuje. Zatem, twierdzenie, że Zamawiający powierza wykonawcy jakiegokolwiek dane jest nieprawdziwe. Zamawiający na marginesie wskazał, iż na gruncie przepisów RODO nie funkcjonuje powielane przez Odwołującego pojęcie „przekazania do przetwarzania”, jak również, że w obrocie gospodarczym umowa powierzenia ma charakter akcesoryjny względem umowy głównej i rzadko zdarza się, aby przewidywała odrębne wynagrodzenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że przepis ten reguluje katalog zasad, które musi przestrzegać zamawiający na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym podnoszoną w odwołaniu zasadę proporcjonalności. Zamawiający przywołał stanowisko KIO: „w ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów. Zatem, w przypadku ustalenia braku spełnienia warunku przydatności, bezprzedmiotowa staje się ocena pod kątem spełnienia warunku niezbędności. Ponadto, należy również wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki

zastosowania środków ograniczających konkurencję." (KIO/KD 67/17), oraz zawarte w wyroku KIO sygn. akt 348/17: „Zasada proporcjonalności oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji, zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji." W orzecznictwie TSUE określenie „proporcjonalny” jest używane w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z 16.09.1999 r., C-414/99 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał podkreślił, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Zamawiający wskazał, iż sformułowane przez niego wymagania odnoszące się do obowiązku informacyjnego są niezbędne do wywiązania się z wymagań nałożonych na Zamawiającego przepisami obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Zamawiającego z uwagi na wszystkie okoliczności wskazane powyżej, zaskarżone postanowienia SIWZ czynią zadość kryterium proporcjonalności, zatem twierdzenia Odwołującego winny zostać uznane jako bezzasadne. Działanie polegające na określeniu wymogu przestrzegania przez Wykonawcę warunków wynikających z przestrzegania powszechnie obowiązujących norm prawnych czyni zadość literze prawa. Zarazem przestrzeganie tych norm prawnych (w omawianym przypadku art. 14 RODO) pozostaje w funkcjonalnej zbieżności z przedmiotem zamówienia. Obowiązek informacyjny wynikający z art. 14 RODO aktualizuje się bowiem wraz ze złożeniem przez wykonawcę oferty na wykonanie danego zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Jednocześnie brak oświadczenia przez wykonawcę co do gwarancji możliwości wykonywania przez niego obowiązków informacyjnych wynikających z RODO na etapie postępowania przetargowego rodzi ryzyko, że obowiązki takie nie byłyby wykonywane również po zawarciu umowy.

Odnosząc się do zarzutu w postaci powstania kosztów operacyjnych związanych z kolportowaniem treści informacyjnych w imieniu innych podmiotów, Zamawiający wskazał, iż żaden przepis prawa nie wiąże wypełnienia obowiązku informacyjnego poprzez skierowanie informacji za pośrednictwem operatora pocztowego. Klauzula informacyjna może zostać przesłana za pośrednictwem poczty elektronicznej, a więc twierdzenia jakoby wypełnienie obowiązku ww. zakresie wiązało się z ogromnymi, niemożliwymi do oszacowania kosztami jest twierdzeniem nieprawdziwym. Praktyką bowiem jest, iż podmioty

przesyłają drogą elektroniczną informację w ww. zakresie. Wykonanie tego obowiązku polega na przekazaniu określonemu kręgowi podmiotu, informacji przygotowanej przez Zamawiającego. Nie wymaga szczególnych kwalifikacji, wydaje się, że każdy z wykonawców zdolny jest do wykonywania czynności administracyjno-biurowych i nałożenie takich dodatkowych czynności w zakresie przedmiotu zamówienia nie może ograniczać konkurencji. Wykonanie obowiązku informacyjnego wobec podmiotu danych, nie wymaga od Wykonawcy posiadania specjalnych zdolności, wręcz przeciwnie, skoro po wejściu w życie ROPO, wykonywanie takich obowiązków dotyczy większości uczestników obrotu gospodarczego, zdolności te należy określić jako powszechne. Tym samym, nie ogranicza to dostępu do zamówienia.

Zamawiający wskazał również, iż z informacji dostępnych na stronie Odwołującego wynika, iż pozyskiwanie stosownych oświadczeń zarówno na potrzeby rekrutacji personelu, jak i nawiązywania stosunków handlowych z kontrahentami, Odwołujący pozyskuje niezbędne oświadczenia na potrzeby realizacji inwestycji, zarówno na rzecz podmiotów prywatnych, jak i podmiotów zobowiązanych do stosowania Pzp. Z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów wynika, iż Odwołujący w obrębie grupy kapitałowej stosuje zaawansowane środki techniczne umożliwiające mu wywiązanie się z ww. obowiązku bez poniesienia szczególnych kosztów, niemożliwych do oszacowania.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego, iż zaskarżone postanowienia narażają Wykonawcę na odpowiedzialność w przypadku nieprawidłowego przetwarzania danych osobowych przez Zamawiającego, Zamawiający wskazał na brak w nich konsekwencji. Zgodnie z RODO, kary administracyjne nakładane są bezpośrednio na administratora - czyli Zamawiającego. Ewentualne roszczenia Zamawiającego względem Wykonawcy, mogą dotyczyć jedynie nieprawidłowego wykonania przez niego zobowiązania, w sytuacji gdy Zamawiający działał prawidłowo, to jest przekazał wszystkie niezbędne informacje Wykonawcy, a ten nie dopełnił obowiązków informacyjnych, które na siebie w sposób ważny przyjął.

Odnosząc się do dalszych twierdzeń przywołanych w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający wskazał, iż przytoczony w odwołaniu wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 roku (KIO/UZP 184/10, Lex nr 653595) dotyczy innego stanu faktycznego, a Odwołujący błędnie dokonał zrównania ze sobą obu stanów faktycznych. W stanie faktycznym wyroku, zamawiający przyjął na siebie obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej, według której miała zostać zrealizowana inwestycja. Natomiast skutki finansowe ewentualnych ukrytych błędów w dokumentacji projektowej obciążać miały wykonawcę zamówienia. Sprawa dotyczyła określenia zakresu opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, który zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wyznacza za pomocą

dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Izba podzieliła pogląd, że wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposobu opisu przedmiotu zamówienia ujętego w tej dokumentacji. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający natomiast nie obwarował opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią. W niniejszym sprawie jest wręcz odwrotnie, gdyż zakres obowiązku informacyjnego, wobec danych z art. 14 RODO, uzyskiwanych przez Zamawiającego pośrednio od Wykonawcy, będzie zależał jedynie od Wykonawcy. Należy bowiem zauważyć, że to wyłącznie Wykonawca będzie kierował podmiot danych, do wykonania Umowy. Co więcej, ilość kierowanych osób winna być możliwa do oszacowania przez Wykonawcę, gdyż zależy od sposobu organizacji wykonywania kontraktów budowlanych, przyjętych przez danego wykonawcę. Sposób organizacji wykonywania kontraktu budowlanego, organizacji placu budowy, technologii poszczególnych robót, nie należy do zakresu umownych obowiązków Zamawiającego w kontrakcie budowlanym.

Zamawiający wskazał, iż z treści argumentów przedstawionych w dalszej części odwołania (pkt 7) wynika wniosek, że zapisy dotyczące obowiązku informacyjnego „są wyłączone z mocy prawa” a odnośnie zapisów wzoru umowy „pozostają nieważne”. W uzasadnieniu odwołania pada stwierdzenie, że „nawet w wypadku, gdy Zamawiający ich nie usunie albo Izba nie orzeknie o obowiązku ich wykreślenia nie będą one wywoływały skutków prawnych.” W świetle ww. twierdzeń należy wskazać na niekonsekwencję ze strony samego Odwołującego, który z jednej strony kwestionuje brzmienie SIWZ w ww. zakresie, a z drugiej strony wskazuje, iż sformułowane przez Zamawiającego postanowienia nie mają mocy wiążącej. Powyższe rodzi również wątpliwości czy skoro Odwołujący uważa zapisy SIWZ w zakresie obowiązku informacyjnego za nieważne to posiada interes do wniesienia odwołania. Jeśli zapisy są nieważne to nie powodują niemożliwości /utrudnienia po stronie Odwołującego w złożeniu ważnej oferty w postępowaniu, a tym samym nie rodzą szkody po stronie Odwołującego, która jest niezbędną do wykazania podstaw wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 Pzp.

Następnie, odnosząc się do zarzutów dotyczących przerwania na wykonawcę obowiązku informacyjnego w zakresie osób ujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym Zamawiający wskazał, iż poczyniona w tym zakresie argumentacja jest całkowicie chybiona. Wykonawca posiada wszystkie niezbędne środki do wykonania w imieniu Zamawiającego obowiązku informacyjnego, a przyjęcie odmiennej koncepcji stałoby w sprzeczności z zasadą minimalizmu. Odwołujący zdaje się pomijać fakt, iż przepis art. 13 RODO, na którego brzmieniu formułowana jest argumentacja, dotyczy sytuacji, w której Zamawiający pozyskał

dane osobowe bezpośrednio od tej osoby. W niniejszym stanie faktycznym dysponowanie danymi osobowymi członków organów zarządzających lub nadzorczych ma charakter wtórny, gdyż Zamawiający dysponuje nimi w związku ze złożeniem przez wykonawcę oferty w postępowaniu. Powyższe znajduje potwierdzenie w doktrynie - w komentarzu E. Bielak-Jomaa (red.), D. Lubasz (red.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz, zostało wskazane, że: „Katalog informacji przekazywanych w związku z realizacją obowiązku informacyjnego różni się w zależności od tego, czy dane osobowe są pozyskiwane od osoby, której dane dotyczą (art. 13), czy też pochodzą one z innych źródeł (art. 14). Kryterium różnicującym jest zatem to, czy zbieranie danych osobowych odbywa się w sposób bezpośredni, czy pośredni. To, że dane mają być pozyskiwane od podmiotu danych „bezpośrednio”, oznacza, iż to on osobiście ma być ich źródłem, tzn. że mają one być uzyskiwane wprost od niego - bez udziału osób trzecich. Wymogiem zachowania tak rozumianej „bezpośredniości” nie jest oczywiście fizyczna obecność osoby, której dane dotyczą, w miejscu pozyskiwania jej danych. Zarówno sposób pozyskiwania danych (formularz elektroniczny, utrwalona rozmowa telefoniczna), jak i forma ich utrwalenia oraz dalszego przetwarzania pozostają bez wpływu na zakres informacji, które należy przekazać podmiotowi danych.” W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, zarzuty jakoby wykonawca był na mocy prawa zwolniony z obowiązku informacyjnego względem ujawnionych członków organów zarządzających i nadzorczych, gdyż w ww. sytuacji zastosowanie ma art. 13 RODO, jest twierdzeniem całkowicie chybionym i niemającym potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawnych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, w tym treścią SIWZ, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący deklaruje zainteresowanie uzyskaniem zamówienia, wskazał na naruszenie obowiązujących przepisów i utrudnienie dostępu do zamówienia, co jest wystarczające do przyjęcia, iż posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Pkt 27 SIWZ zawierający klauzulę informacyjną RODO stanowi:

„1. Zamawiający działając na mocy art. 13 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku

z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L 119 z 2016 r., str. 1-88), zwanego dalej: „RODO”, informuje Pana/Panią, że:

- 1) Administratorem Danych Osobowych jest PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, zwana dalej Spółką, z siedzibą pod adresem: 03-734, Warszawa, ul. Targowa 74;
- 2) w Spółce, począwszy od dnia 25-05-2018 r., funkcjonuje adres e-mail: iod.plk@plk-sa.pl Inspektora Ochrony Danych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., udostępniony osobom, których dane osobowe są przetwarzane przez Spółkę;
- 3) dane osobowe będą przetwarzane w celu:
 - a) przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia;
 - b) wyłonienia wykonawcy oraz udzielenia Zamówienia poprzez zawarcie Umowy;
 - c) przechowywania dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia na wypadek kontroli prowadzonej przez uprawnione organy i podmioty;
 - d) przekazania dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia do archiwum, a następnie jej zbrakowania (trwałego usunięcia i zniszczenia);

w zakresie: dane zwykłe - imię, nazwisko, zajmowane stanowisko, miejsce pracy oraz posiadane kwalifikacje zawodowe wymagane do spełnienia warunków udziału w postępowaniu/realizacji Umowy, a także w przypadku złożenia pełnomocnictwa, oświadczeń i innych dokumentów - dane osobowe w nim zawarte;

- 4) podstawą prawną przetwarzania danych osobowych przez Spółkę jest art. 6 ust. 1 lit. c i f RODO, przy czym za prawnie uzasadniony interes Spółki wskazuje się konieczność przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia;
- 5) dane osobowe będą udostępniane innym odbiorcom, jeżeli przepisy szczególne tak stanowią;
- 6) dane osobowe mogą być przekazane do państwa nienależącego do Europejskiego Obszaru Gospodarczego (państwa trzeciego) lub organizacji międzynarodowej w rozumieniu RODO, w ramach powierzenia przetwarzania danych osobowych lub dotyczy osoby fizycznej, osoby fizycznej prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą, pełnomocnika Wykonawcy będącego osobą fizyczną, członka organu

zarządzającego Wykonawcy będącego osobą fizyczną lub osoby fizycznej skierowanej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia IDW dla IDW dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku od km 1,675 do km 31,046 w ramach projektu „rewitalizacja linii kolejowej nr 117 ode. Kalwaria Zebrzydowska Lanckorona - Wadowice - granica województwa" (Etap I) udostępnienia na mocy przepisów prawa, przy czym, zawsze przy spełnieniu jednego z warunków:

- a) Komisja Europejska stwierdziła, że to państwo trzecie lub organizacja międzynarodowa zapewnia odpowiedni stopień ochrony danych osobowych, zgodnie z art. 45 RODO,
 - b) państwo trzecie lub organizacja międzynarodowa zapewnia odpowiednie zabezpieczenia i obowiązują tam egzekwowalne prawa osób, których dane dotyczą i skuteczne środki ochrony prawnej, zgodnie z art. 46 RODO,
 - c) zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 49 ust. 1 akapit drugi RODO, przy czym dane te zostaną wówczas w sposób odpowiedni zabezpieczone, a Wykonawca ma prawo do uzyskania dostępu do kopii tych zabezpieczeń pod wskazanym w pkt 2 powyżej adresem e-mail;
- 7) dane osobowe będą przechowywane zgodnie z przepisami prawa w okresie przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia, realizacji Umowy oraz przez okres, w którym Spółka będzie realizowała cele wynikające z prawnie uzasadnionych interesów administratora danych, które są związane przedmiotowo z Umową lub obowiązkami wynikającymi z przepisów prawa powszechnie obowiązującego;
- 8) ma Pani/Pan prawo do żądania dostępu do danych osobowych Pani/Pana dotyczących oraz ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia przetwarzania oraz prawo do wniesienia sprzeciwu wobec ich przetwarzania, a także prawo do przenoszenia danych;
- 9) ma Pani/Pan prawo do wniesienia skargi do organu nadzorczego, tzn. Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych;
- 10) podanie danych osobowych jest dobrowolne, niemniej jednak bez ich podania nie jest możliwe dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia;
- 11) Spółka nie będzie przeprowadzać zautomatyzowanego podejmowania decyzji, w tym profilowania na podstawie podanych danych osobowych.

2. Wykonawca zobowiązuje się poinformować w imieniu Zamawiającego wszystkie osoby fizyczne kierowane do realizacji Zamówienia oraz osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, które zostaną wskazane jako podwykonawca, a których dane osobowe zawarte są w składanej ofercie lub jakimkolwiek załączniku lub dokumencie składanym w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, o:
 - 1) fakcie przekazania danych osobowych Zamawiającemu;
 - 2) przetwarzaniu danych osobowych przez Zamawiającego.
3. Na mocy art. 14 RODO, Wykonawca zobowiązuje się wykonać w imieniu Zamawiającego obowiązek informacyjny wobec osób, o których mowa w ust. 2, przekazując im treść klauzuli informacyjnej, o której mowa w ust. 1, wskazując jednocześnie tym osobom Wykonawcę jako źródło pochodzenia danych osobowych, którymi dysponował będzie Zamawiający.”

Zamawiający w pkt 27.2 i 27.3 IDW oraz § 9 ust. 2 i 3 wzoru umowy w brzmieniu, przedstawionym na rozprawie, który Odwołujący uznał za niezmieniony, w sposób, który by wpływał na postawione w odwołaniu zarzuty, określił następujący obowiązek względem wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu:

- „2. Wykonawca zobowiązuje się poinformować w imieniu Zamawiającego wszystkie osoby fizyczne kierowane ze strony Wykonawcy do realizacji Zamówienia oraz osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, które zostaną wskazane przez Wykonawcę jako podwykonawca, a których dane osobowe zawarte są w składanej ofercie lub jakimkolwiek załączniku lub dokumencie składanym w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, o:
 - 1) fakcie przekazania danych osobowych Zamawiającemu;
 - 2) przetwarzaniu danych osobowych przez Zamawiającego.
3. Na mocy art. 14 RODO, Wykonawca zobowiązuje się wykonać, w imieniu Zamawiającego obowiązek informacyjny wobec osób, o których mowa w ust. 2, przekazując im treść klauzuli informacyjnej, o której mowa w ust. 1, wskazując jednocześnie tym osobom Wykonawcę jako źródło pochodzenia danych osobowych, którymi dysponował będzie Zamawiający.*

* Wykonawca zmodyfikuje treść klauzuli informacyjnej, o której mowa w ust.1, poprzez wskazanie art. 14 RODO jako podstawy wykonania obowiązku informacyjnego.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zauważa, że Odwołujący z jednej strony wywodzi, że w świetle treści Preambuły (tezy 60 -61 i 74) oraz przepisów RODO nie jest możliwe realizowanie obowiązków informacyjnych, o których mowa w art. 14 tego rozporządzenia, przez Zamawiającego, jako administratora danych osobowych, za pośrednictwem wykonawcy, na mocy zobowiązania nałożonego w SIWZ i w umowie, wobec osób fizycznych, zatrudnionych przez tego wykonawcę, ponieważ możliwe jest jedynie przeniesienie na inny podmiot obowiązku przetwarzania danych, o czym stanowi art. 28 RODO, a jednocześnie twierdzi, że z uwagi na treść ust. 5 lit. c wskazanego art. 14 rozporządzenia RODO, taki obowiązek informacyjny nie istnieje. Wskazuje to na brak konsekwencji Odwołującego, który z jednej strony wywodzi, że nie ma możliwości przeniesienia przez Zamawiającego na wykonawców obowiązków informacyjnych, o których mowa w art. 14 RODO i w kwestionowanych postanowieniach SIWZ, co należy rozumieć w ten sposób, iż RODO nakłada na Zamawiającego określone obowiązki informacyjne w zakresie przetwarzanych danych osobowych, które według Odwołującego Zamawiający musi realizować osobiście, a z drugiej strony twierdzi, iż z przepisu ust. 5 lit. c art. 14 RODO wynika brak obowiązków informacyjnych po stronie Zamawiającego, o których stanowią kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ i w związku z tym są one nieważne i nie będą wywoływały skutków prawnych, nie są bowiem obowiązujące dla przyszłych wykonawców.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika natomiast, że każdą czynność można wykonać przez pełnomocnika, a skoro RODO nie zawiera zakazu realizowania obowiązków informacyjnych przez podmiot trzeci, to w świetle art. 31 Konstytucji, który stanowi, iż to, co nie jest przez prawo zakazane, jest dozwolone, a przy tym chodzi o informacje dotyczące danych osobowych osób, o zatrudnieniu których decyduje wykonawca, który również jest administratorem danych osobowych tych osób i ciężar na nim obowiązki informacyjne, o których mowa w art. 13 RODO, zobowiązanie wykonawcy do przekazania tym osobom również informacji w imieniu Zamawiającego, z jednoczesnym dostosowaniem ich treści, wskazującej na pośredni charakter danych, zgodnie z art. 14 RODO, jest dozwolone, a nawet wskazane, z uwagi na zasadę minimalizacji danych. Zamawiający zauważa przy tym, iż Odwołujący w innych postępowaniach podpisuje taką klauzulę, a także, że sam realizuje obowiązki informacyjne, na dowód czego przedstawił na rozprawie wydruk ze strony internetowej Odwołującego: "Ochrona danych osobowych w Grupie Budimex"

Przepis art. 14 RODO (inaczej, niż art. 13 RODO regulujący kwestie informacji podawanych w przypadku zbierania danych od osoby, której dane dotyczą), stanowi regulację odnoszącą się do informacji podawanych w przypadku pozyskiwania danych osobowych w sposób inny niż od osoby, której dane dotyczą. Przepis ten stanowi:

„1. Jeżeli danych osobowych nie pozyskano od osoby, której dane dotyczą, administrator podaje osobie, której dane dotyczą, następujące informacje:

- a)** swoją tożsamość i dane kontaktowe oraz, gdy ma to zastosowanie, tożsamość i dane kontaktowe swojego przedstawiciela;
- b)** gdy ma to zastosowanie – dane kontaktowe inspektora ochrony danych;
- c)** cele przetwarzania, do których mają posłużyć dane osobowe, oraz podstawę prawną przetwarzania;
- d)** kategorie odnośnych danych osobowych;
- e)** informacje o odbiorcach danych osobowych lub o kategoriach odbiorców, jeżeli istnieją;
- f)** gdy ma to zastosowanie – informacje o zamiarze przekazania danych osobowych odbiorcy w państwie trzecim lub organizacji międzynarodowej oraz o stwierdzeniu lub braku stwierdzenia przez Komisję odpowiedniego stopnia ochrony lub w przypadku przekazania, o którym mowa w art. 46, art. 47 lub art. 49 ust. 1 akapit drugi, wzmiankę o odpowiednich lub właściwych zabezpieczeniach oraz informację o sposobach uzyskania kopii tych zabezpieczeń lub o miejscu ich udostępnienia.

2. Poza informacjami, o których mowa w ust. 1, administrator podaje osobie, której dane dotyczą, następujące informacje niezbędne do zapewnienia rzetelności i przejrzystości przetwarzania wobec osoby, której dane dotyczą:

- a)** okres, przez który dane osobowe będą przechowywane, a gdy nie jest to możliwe, kryteria ustalania tego okresu;
- b)** jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f) – prawnie uzasadnione interesy realizowane przez administratora lub przez stronę trzecią;
- c)** informacje o prawie do żądania od administratora dostępu do danych osobowych dotyczących osoby, której dane dotyczą, ich sprostowania, usunięcia lub ograniczenia przetwarzania oraz o prawie do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania, a także o prawie do przenoszenia danych;
- d)** jeżeli przetwarzanie odbywa się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. a) lub art. 9 ust. 2 lit. a) – informacje o prawie do cofnięcia zgody w dowolnym momencie bez wpływu na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej cofnięciem;
- e)** informacje o prawie wniesienia skargi do organu nadzorczego;

- f)** źródło pochodzenia danych osobowych, a gdy ma to zastosowanie – czy pochodzą one ze źródeł publicznie dostępnych;
- g)** informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 4, oraz – przynajmniej w tych przypadkach – istotne informacje o zasadach ich podejmowania, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

3. Informacje, o których mowa w ust. 1 i 2, administrator podaje:

- a)** w rozsądnym terminie po pozyskaniu danych osobowych – najpóźniej w ciągu miesiąca – mając na uwadze konkretne okoliczności przetwarzania danych osobowych;
- b)** jeżeli dane osobowe mają być stosowane do komunikacji z osobą, której dane dotyczą – najpóźniej przy pierwszej takiej komunikacji z osobą, której dane dotyczą; lub
- c)** jeżeli planuje się ujawnić dane osobowe innemu odbiorcy – najpóźniej przy ich pierwszym ujawnieniu.

4. Jeżeli administrator planuje dalej przetwarzać dane osobowe w celu innym niż cel, w którym te dane zostały pozyskane, przed takim dalszym przetwarzaniem informuje on osobę, której dane dotyczą, o tym innym celu oraz udziela jej wszelkich innych stosownych informacji, o których mowa w ust. 2.

5. Ust. 1– 4 nie mają zastosowania, gdy – i w zakresie, w jakim:

- a)** osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami;
- b)** udzielenie takich informacji okazuje się niemożliwe lub wymagałoby niewspółmiernie dużego wysiłku; w szczególności w przypadku przetwarzania do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych lub do celów statystycznych, z zastrzeżeniem warunków i zabezpieczeń, o których mowa w art. 89 ust. 1, lub o ile obowiązek, o którym mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, może uniemożliwić lub poważnie utrudnić realizację celów takiego przetwarzania. W takich przypadkach administrator podejmuje odpowiednie środki, by chronić prawa i wolności oraz prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą, w tym udostępnia informacje publicznie;
- c)** pozyskiwanie lub ujawnianie jest wyraźnie uregulowane prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, któremu podlega administrator, przewidującym odpowiednie środki chroniące prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą; lub

d) dane osobowe muszą pozostać poufne zgodnie z obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej przewidzianym w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, w tym ustawowym obowiązkiem zachowania tajemnicy.,,

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. *Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych. Zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej - o ile podstawę prawną można często wywieść z prawidłowo opisanego uzasadnienia faktycznego, to braki w uzasadnieniu faktycznym są nienaprawialne - uzasadnienie faktyczne określa granice rozpoznania zarzutów odwołania.*(por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 r. KIO 1102/17).

Następnie zauważenia wymaga, iż stosownie do przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W związku z tym, przedmiotem rozpoznania przez Izbę w niniejszym postępowaniu, są zarzuty odwołania, dotyczące naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy poprzez wprowadzenie do SIWZ zobowiązania wykonawców do realizowania obowiązków informacyjnych w imieniu Zamawiającego wobec zatrudnionych przez tego wykonawcę osób.

Z uwagi na wzajemnie wykluczającą się w wielu miejscach argumentację odwołania, rozpoznanie zarzutów następuje z pominięciem przedstawionych przez strony interpretacji RODO, w tym niezależnie od tego, czy w analizowanym postępowaniu powstanie obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 14 RODO, czy też nie powstanie.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zobowiązanie wykonawcy do wykonania, w imieniu Zamawiającego obowiązku informacyjnego wobec osób, kierowanych przez niego do realizacji zamówienia, naruszało wskazane przepisy ustawy, w tym utrudniało uczciwą konkurencję.

Zauważenia wymaga, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia występuje wiele czynności, które wprost nie stanowią przedmiotu zamówienia, którym w przedmiotowym postępowaniu jest zaprojektowanie i przebudowa jednotorowej linii kolejowej na określonym odcinku, jednak które pozostają w ścisłym związku z czynnością złożenia ofert, a następnie z realizacją zamówienia. Do takich zagadnień należy zaliczyć także obowiązki wynikające z RODO.

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wiąże z naruszeniem zasady proporcjonalności, z uwagi na to, iż kwestionowane przez niego zapisy IDW i Umowy nie korespondują z celem umowy jakim jest wybór wykonawcy, który zaprojektuje, uzyska niezbędne decyzje administracyjne i wykona roboty budowlane w zakresie wybudowania fragmentu linii kolejowej. Przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji jego celem, nie jest natomiast wybór podmiotu, który ma świadczyć dla Zamawiającego usługi przetwarzania danych, w rozumieniu art. 28 RODO. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe zapisy SIWZ stanowią wymóg nieadekwatny do celu postępowania.

Zauważenia wymaga, iż przepis art. 28 RODO dotyczy podmiotu przetwarzającego dane osobowe i wskazuje m.in., że w sytuacji, gdy przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi niniejszego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Natomiast zakwestionowane postanowienia SIWZ, dotyczą obowiązków informacyjnych, o których mowa w ww. art. 14 RODO.

Również za nietrafiony, w tym zakresie, należy uznać argument Odwołującego, z którego wynika, iż jeżeli celem Zamawiającego jest usprawnienie procesu informacyjnego, to winien przeprowadzić postępowanie mające na celu wybór usługodawcy świadczącego usługi wysyłkowe (pocztowe tradycyjne czy elektroniczne), który za niego technicznie przeprowadzi proces wysyłki wymaganych przez prawo informacji. Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że obowiązki informacyjne muszą być osobiście realizowane przez administratora danych osobowych, argument ten wskazuje, że jest możliwe, zdaniem Odwołującego, realizowanie tego obowiązku za pośrednictwem innego podmiotu. Po drugie, nie wynika z niego, aby przekazywanie informacji, jako czynność uboczna, ale ściśle związana z zamówieniem, nie mogła być realizowana przez wykonawcę wobec zatrudnianych przez niego osób.

W analizowanym postępowaniu zobowiązanie do przekazania przez wykonawcę zatrudnianym osobom fizycznym, w imieniu Zamawiającego, informacji, o których mowa w art. 14 RODO, na równych zasadach zostało nałożone na wszystkich wykonawców. Nie zostało wykazane, aby takie zobowiązanie uniemożliwiało prawidłowe przygotowania oferty, w tym prawidłowe oszacowanie ryzyk oraz ustalenie zakresu i kosztów związanych z zamówieniem, jak również skutkowało nieporównywalnością ofert.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż obowiązki, o których mowa w art. 13 RODO obciążają każdą ze stron. Odwołujący przyznał, iż ewidencjonuje dane osobowe zatrudnianych osób. To on decyduje ile i w którym momencie potrzebuje osób dla realizacji zamówienia. Nie budzi wątpliwości, iż kalkulując cenę oferty uwzględni w niej koszty związane z zatrudnieniem personelu, wobec którego, czego nie kwestionuje, realizuje obowiązki informacyjne, do czego obliguje go art. 13 RODO. Zatem ma wiedzę z jakimi kosztami się to wiąże. Organizacja pracy na budowie jak również wskazywana w odwołaniu fluktuacja kadr, jest czynnikiem, który znając specyfikę branży, w jakiej działa oraz własne doświadczenia, każdy z wykonawców musi uwzględniać w swoich kalkulacjach.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż uwzględnienie w sporządzanej przez wykonawców kalkulacji, przekazywania tym samym osobom, obok własnej informacji, także informacji według wzoru opracowanego przez Zamawiającego, skutkuje nieporównywalnością ofert. Każdy z wykonawców, na takich samych zasadach, winien bowiem dokonać kalkulacji oferty, z uwzględnieniem postanowień SIWZ.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nie zostało wykazane, aby opis kwestionowanego zobowiązania utrudniał uczciwą konkurencję. Przedmiotowy obowiązek informacyjny został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Jest on związany z udziałem w postępowaniu i z realizacją zamówienia. Każdy z zainteresowanych udziałem w postępowaniu, na takich samych zasadach, przygotowując ofertę, w tym kalkulując koszty związane z zatrudnieniem, wie, że ma również uwzględnić w cenie ofertowej koszty związane z obowiązkami informacyjnymi wynikającymi z RODO, także tymi, które ma realizować w imieniu Zamawiającego.

Zamawiający wykazał, że Odwołujący podobnie jak inni wykonawcy, spełniają ustalone przez Zamawiającego wymagania, tj. są w stanie przedstawić zatrudnionym przez siebie osobom informacje, o których mowa w art. 14 RODO. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący ma stały i bezpośredni kontakt z osobami, których dotyczą zaskarżone zapisy SIWZ i to on bezpośrednio uzyskuje dane od zatrudnianych przez siebie osób. Od niego także zależy, jak wiele osób zaangażuje przy realizacji inwestycji, jak wiele z nich objętych będzie obowiązkiem informacyjnym. Wymóg wykonania przez Wykonawcę czynności administracyjno-biurowych, nie ogranicza dostępu do zamówienia, którego przedmiotem jest

zaprojektowanie i wykonanie odcinka linii kolejowej. Wykonawca bowiem organizuje w sposób samodzielny wykonywanie kontraktu budowlanego. Odwołujący ma stały i bezpośredni kontakt z osobami których dotyczą zaskarżone zapisy SIWZ i to on bezpośrednio uzyskuje dane od podwykonawców i w szczególnych, wymaganych prawem sytuacjach, przekazuje je następnie Zamawiającemu. Odwołujący nie wykazał przeciwnych okoliczności.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Nie zostało również wykazane, aby zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ stwarzały realne zagrożenie dla zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stosownie natomiast do art. 58 § 1 i 3 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Odwołujący zarzut ten uzasadnia tym, iż kwestionowane przez niego postanowienia IDW i Umowy są sprzeczne z art. 14 ust. 5 lit. c rozporządzenia RODO, które mają charakter imperatywny i dlatego postanowienia te są nieważne. W związku z tym kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ, nawet gdy nie zostaną usunięte, nie będą wywoływały skutków prawnych, nie będą obowiązywały wykonawców. Jednocześnie Odwołujący w odwołaniu wywodzi, że postanowienia te wywołują określone skutki w postaci np. wysokiego prawdopodobieństwa złożenia nieporównywalnych ofert w postępowaniu. Twierdzenia te wzajemnie się wykluczają.

W ocenie Izby, nie zostało zatem wykazane, aby wprowadzenie ww. obowiązku informacyjnego czyniło umowę zawartą w wyniku przedmiotowego postępowania, nieważną.

Nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty wskazane w uzasadnieniu odwołania, w tym zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 5 w zw. z art. 353¹ w związku z art. 647 w związku z art. 473 § 1 KC w związku z art. 139 ust. 1 PZP poprzez przerwyczenie na wykonawcę przedmiotowych obowiązków informacyjnych Zamawiającego. Zarzuty te Odwołujący uzasadnia tym, iż obowiązki informacyjne, o których mowa w art. 13 i 14 RODO

są obowiązkami osobistymi administratora danych i w związku z tym nie mogą być przeniesione na wykonawców. Jedynym przypadkiem, w którym administrator może swoje obowiązki wynikające z RODO jest sytuacja przewidziana w art. 28 tego rozporządzenia. Jednocześnie, jak już zostało podane, w innym miejscu odwołania, Odwołujący wskazuje, że dla usprawnienia procesu informacyjnego powiadamiania określonych osób, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie mające na celu wybór usługodawcy świadczącego, który za niego technicznie przeprowadzi proces wysyłki wymaganych przez prawo informacji. Twierdzenia te wzajemnie się wykluczają.

Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący, w ocenie Izby, dowodów, w wymaganym od niego zakresie, nie przedstawił. Nie przedstawił również spójnej argumentacji. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzuty przedstawione w odwołaniu nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie przepisów art. 191 ust. 2 oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....